

ב"ש 1007/14

בית המשפט הצבאי לערעורים

בפני כב' המשנה לנשיא: סא"ל צבי לקח

המבקש: מ.נ. , ת"ז \*\*\*\*\* (באמצעות ב"כ עו"ד סמדר בן נתן)

נגד

המשיבה: התביעה הצבאית (באמצעות ב"כ סרן גלעד פרץ)

בקשה למשפט חוזר  
(הבקשה נדחתה)

תאריך הישיבה: 09 במרץ 2015, י"ח באדר התשע"ה.

חקיקה שאוזכרה:

[חוק בתי המשפט \[נוסח משולב\], תשמ"ד-1984: סע' 31\(א\)\(4\)](#)

מיני-רציו:

\* נדחתה בקשת המבקש למשפט חוזר. נקבע, כי לא נגרם עיוות דין כלשהו למבקש, בוודאי לא עיוות דין חמור, וטענותיו של המבקש לגבי הרשעתו, שהינן ערעוריות במהותן, אינן מצדיקות עריכת משפט חוזר.

\* בתי-משפט – משפט חוזר – דחיית בקשה לקיום משפט חוזר

המבקש הגיש בקשה בהתאם לסעיף 157 לצו בדבר הוראות בטחון [נוסח משולב], לנשיא בית המשפט הצבאי לערעורים בבקשה למשפט חוזר. טענת המבקש נוגעת לקביעה, כי היה למבקש יסוד נפשי של כוונה וכן למסקנה המשפטית של הרשעה בעבירת גרימת מוות בכוונה על פי הדוקטרינה של עבירת ההמון.

בית המשפט דחה את הבקשה וקבע כלהלן:

עצם הקמת בית המשפט הצבאי לנוער, אין בה כשלעצמה ללמד על פגם כלשהו בשפיטתו של המבקש בעבר. המבקש נשפט על פי אותם כללים מהותיים וראייתיים החלים גם היום. המבקש לא הצביע וגם לא טען לפגם דיוני כלשהו בהליך בעניינו.

גילו של המבקש היה עובדה ידועה שנלקחה בחשבון בכל הנוגע להכרעות העובדתיות בעניינו, שכן גישת בתי המשפט הצבאיים משכבר הימים הייתה לבחון את עניינם של קטינים וצעירים בגילם באופן שונה.

עובדה שנגזר על המבקש מאסר עולם כשלעצמה, אין כדי ללמד על עיוות דין או עילה אחרת למשפט חוזר.

## החלטה

### רקע

ביום 12.10.2000 התרחש אירוע המכונה "הלינץ' ברמאללה", במהלכו נרצחו באופן מזעזע שני חיילי צה"ל, רס"ל יוסף אברהמי ז"ל ורב"ט ודים נורזיץ ז"ל, על ידי המון מוסת. השניים נקלעו בטעות אל תוך העיר רמאללה עם רכבם, נלקחו על ידי שוטרים פלסטינים לתחנת המשטרה בעיר, וכעבור זמן קצר פרץ למקום המון מוסת ורצח את השניים. בין המשתתפים אשר נכנסו לתחנת המשטרה ונטלו חלק אקטיבי בפגיעה בחיילים היה גם המבקש, שהיה בן 17 אותה עת.

ביולי 2001 הוגש נגד המבקש כתב אישום שייחס לו ששה פרטי אישום, ובכלל זה שני פרטים של גרימת מוות בכוונה בגין שותפותו ברצח שני החיילים. בין היתר פורט בכתב האישום כי המבקש בעט ברס"ל אברהמי, הכה אותו ודקר אותו בחלק העליון של זרועו השמאלית באמצעות סכין או פצירה של קוצץ ציפורניים, וזאת במקביל למעשיהם של נוספים שהיו בחדר אשר היכו ודקרו למוות את שני החיילים. ארבעת הפרטים הנוספים התייחסו לעבירות אחרות (אימונים צבאיים, שני פרטים של החזקת כלי יריה, וקשירת קשר לגרימת מוות בכוונה).

בית המשפט הצבאי ביהודה שדן בעניינו של המבקש (תיק (יהודה) 41815/01), זיכה את המבקש מפרט האישום שעניינו קשירת הקשר, אולם הרשיעו בחמש העבירות האחרות, לרבות בשני הפרטים של גרימת מוות בכוונה בשל חלקו ברצח החיילים. בגין הרשעתו, ובשל גילו הצעיר, נגזר על המבקש בדעת רוב מאסר עולם אחד. לדעת שופט המיעוט, היה נכון לגזור 25 שנות מאסר בפועל.

בערעור שהגיש לבית המשפט הצבאי לערעורים (ע' איו"ש 1845/05 נוארה נ' התביעה הצבאית (פורסם בנבו, 25.1.2006)) נדונה הן סוגיית ההרשעה והן סוגיית העונש. בית המשפט הצבאי לערעורים סמך ידו על הקביעות העובדתיות והמשפטיות של הערכאה הראשונה, ודחה את ערעור ההגנה על ההרשעה. באשר לעונשו של המבקש, אף שגילו הצעיר של המבקש בעת האירוע הובא בחשבון, הגיע בית המשפט הצבאי לערעורים שאין מקום להתערב בעונש שנגזר, ודחה את ערעורי שני הצדדים על העונש.

### הליכים נוספים

בחלוף קרוב לשש שנים ממועד ההכרעה בערעור, הגיש המבקש עתירה לבית המשפט העליון (בג"ץ 8125/11 נוארה נ' בית המשפט הצבאי יהודה (פורסם בנבו, 1.7.2012)). בעתירה נטען כי בית

המשפט הצבאי שגה בקביעותיו העובדתיות והמשפטיות באשר לחלקו של המבקש באירוע. בית המשפט העליון דחה את עתירתו של המבקש על הסף לנוכח ההלכה כי בג"ץ יתערב בפסיקת בתי המשפט הצבאיים רק במקרים בהם מתגלים פגמים ממשיים מסוג חריגה מסמכות, פגיעה בכללי הצדק הטבעי, סטייה מהוראות החוק וכן במקרים חריגים אחרים המצדיקים הענקת סעד מן הצדק. נקבע כי טענותיו של המבקש הינן בעלות אופי ערעורי ומכאן כי אין הצדקה להתערבות בג"ץ. בנוסף נקבע כי אין המדובר במקרה חריג המצדיק התערבות מטעמי צדק. בנוסף צוין כי העתירה הוגשה בשיהוי רב מבלי שניתן לכך הסבר מניח את הדעת. בסיום הדברים התייחס בית המשפט העליון בבחינת למעלה מן הצורך לגופו של עניין, וקבע כי גם מהותית אין מקום להתערב בפסק הדין.

המבקש לא הסתפק בכך ופנה בבקשה לדיון נוסף (דנג"ץ 6722/12 נוארה נ' בית המשפט הצבאי יהודה (פורסם בנבו, 23.10.2012)) בטענה שיש לבחון את ההלכה לעניין מידת התערבותו של בית המשפט העליון בהחלטות בתי המשפט הצבאיים. כב' המשנה לנשיא (כתוארה דאז) נאור דחתה את הבקשה, והוסיפה כי "טענותיו של המבקש לעניין עצם הרשעתו בשתי עבירות של גרימת מוות בכוונה ולעניין השיהוי בהגשת העתירה, הרי שמדובר בטענות ערעוריות שאין מקומן בבקשה לדיון נוסף".

### **הבקשה למשפט חוזר**

המבקש פנה בהתאם לסעיף 157 לצו בדבר הוראות בטחון [נוסח משולב], התש"ע - 2009 (להלן – הצו בדבר הוראות ביטחון או הצו) לנשיא בית המשפט הצבאי לערעורים בבקשה למשפט חוזר. בהחלטתו מיום 20.1.15 הורה הנשיא על העברתה לטיפול.

סעיף 157 לצו בדבר הוראות בטחון קובע חמש עילות למשפט חוזר ונוסחו כדלקמן:

"נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים, נבצר ממנו - המשנה לנשיא בית המשפט הצבאי לערעורים, רשאי להורות על עריכת משפט חוזר בענין שניתן בו פסק דין חלוט, אם ראה אחד מאלה:

- (1) בית משפט צבאי או כל ערכאה שיפוטית בת סמך בישראל פסקו, כי ראיה מהראיות שהובאו באותו ענין יסודה היה בשקר או בזיוף, ויש יסוד להניח כי אילולא ראיה זו, היה בכך כדי לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנדון;
- (2) הוצגו עובדות או ראיות העשויות, לבדן או ביחד עם החומר שהיה לפני בית המשפט הצבאי בראשונה, לשנות את תוצאת המשפט לטובת הנדון;
- (3) אדם אחר הורשע בינתיים בביצוע אותו מעשה העבירה, ומהנסיבות שנתגלו במשפטו של אותו אדם נראה כי מי שהורשע לראשונה בעבירה לא ביצע אותה.
- (4) נגזר על הנדון במשפט הראשון עונש מוות ויש יסוד להניח כי פסק הדין

בטעות יסודו ;

(5) נתעורר חשש של ממש כי בהרשעה נגרם עיוות דין."

העילה עליה מבקש להסתמך המבקש נעוצה בעילה הכללית בסעיף קטן (5) של "חשש של ממש כי בהרשעה נגרם עיוות דין".

אין מחלוקת עובדתית לגבי המעשים בהם הורשע המבקש. המבקש אינו טוען לראיות חדשות, או עובדות חדשות, וגם אינו טוען כי לא נטל חלק באירוע ואינו מלין לגבי הקביעות של בית המשפט הצבאי באשר לחלקו העובדתי באירוע. הטענה העובדתית היחידה נוגעת לקביעה כי היה למבקש יסוד נפשי של כוונה וכן למסקנה המשפטית של הרשעה בעבירת גרימת מוות בכוונה על פי הדוקטרינה של עבירת ההמון. טיעון נוסף מתייחס לעקרון אחידות הענישה ולגזירת עונשו של המבקש שהיה בן 17 בעת האירוע, למאסר עולם.

בקשת המבקש למשפט חוזר נסמכת על שלושה ראשים עיקריים :

ראשית, נטען כי המבקש הורשע בשתי עבירות של גרימת מוות בכוונה בשל דוקטרינה משפטית בה עשה שימוש בית המשפט באופן שחורג מהחוק והפסיקה ובצורה שלא נעשה בה שימוש ביחס לאף אחד מהנאשמים האחרים שהואשמו באותו מקרה עצמו.

שנית, נטען כי גילו של המבקש בעת האירוע היה 17. היום, לו היה מוגש נגדו כתב אישום, היה עומד לדין כקטין בבית משפט צבאי לנוער. בעת שהוגש כתב האישום, הדין באזור היה שונה, וגיל הקטינות היה מתחת ל-16 ולא מתחת ל-18. באותה עת לא נחשב כקטין, ולכן הועמד לדין בבימ"ש רגיל. לדעת ההגנה, לו אותה מסכת עובדתית הייתה נדונה היום בבית משפט צבאי לנוער, ולנוכח התפיסות המקובלות כיום לגבי התפתחות נפשו של הקטין, סביר כי מעשיו היו נבחנים אחרת, והייתה נקבעת מסקנה שונה, הן לגבי הרשעה, והן לגבי העונש.

שלישית, נטען כי הטלת עונש מאסר עולם בנסיבות האלה על מישהו שגילו פחות מ-18, היא חריגה מעקרון אחידות הענישה ביחס לנאשמים האחרים באירוע עצמו, שרובם הורשעו בעבירה אחת של גרימת מוות ועל חלקם לא נגזר מאסר עולם. בנוסף, מאחר ומדובר בעונש שאינו קצוב, עונש זה לקטין מנוגד לדין הבינלאומי ועל כן בכך יש הצדקה להורות על משפט חוזר.

התביעה התנגדה לבקשה, וטענה כי טענותיו של המבקש בראש הראשון הינן טענות ערעוריות במהותן שנדחו. הטענה המרכזית השניה גם היא אינה עיוות דין שכן העובדה שנשפט בזמנו כבגיר הייתה לפי הדין באותה עת ובכל מקרה אין בהליך שנקט לגביו כל עיוות דין. לגבי תקופת המאסר, נטען כי מדובר בטענה ערעורית במהותה ובכל מקרה אין לומר כי עונש זה מנוגד לדין שכן יש למבקש אפשרות לפנות לבקשת חנינה למפקד הצבאי. בנוסף נטען כי לא ניתן לבקש משפט חוזר בעילה של עיוות דין בגין ענישה שנגזרה, וגם בכך יש כדי לדחות טענה זו.

**דיון והכרעה**

**המסגרת הנורמטיבית**

משפט חוזר הינו הליך חריג שנועד לאזן בין שני אינטרסים מנוגדים. מחד, המדובר במנגנון דיוני שנועד לאפשר תיקון טעות, מתוך ההכרה בכך שההליך השיפוטי, מעצם טיבו וטבעו כמתנהל על ידי בני אנוש, אינו חף מטעויות, ומאידך, עומד עקרון סופיות הדיון והצורך בהבטחת יציבות משפטית ([מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג\(1\), 529](#)).

האיזון בין אינטרסים מתחרים אלה מלמד כי המשפט החוזר לא נועד לאפשר הליך נוסף של רעור, אלא לבחון ספקות העולים ביחס להרשעתו של אדם ([מ"ח 4364/13 פלוני נ' מדינת ישראל, \(פורסם בנבו, 9.2.2014\)](#)).

על מנת להורות על משפט חוזר, "דרושה הוכחתה של תשתית איתנה וממשית בדבר קיומה של אחת העילות, בטרם יעדיף בית המשפט שיקולי צדק על שיקול סופיות הדיון, ומשכך משפט חוזר הנו חריג ולא הכללי" ([מ"ח 4548/02 זחבש נ' מדינת ישראל \(פורסם בנבו, 17.10.2002\)](#); ראו גם [מ"ח 1706/09 חאג' יחיא נ' מדינת ישראל \(פורסם בנבו, 17.6.2009\)](#)).

כשמדובר בבקשה למשפט חוזר בגין העילה של עיוות דין המנויה בסעיף 157(5) לצו בדבר הוראות ביטחון, בדומה [לסעיף 31\(א\)4 לחוק בתי המשפט](#), הכלל הוא כי בקשה בעילה זו, תתקבל רק כאשר נפלו בהכרעה פגמים חמורים ומהותיים, היורדים לשורש העניין, עד כי יש חשש שפגמים אלו יביאו להרשעת שווא של המבקש ([מ"ח 2165/11 פלוני נ' מדינת ישראל \(פורסם בנבו, 24.8.2011\)](#)).

לצורך בחינה זו, משקיף בית המשפט ב'מבט על' על ההליך כולו, ובוחר, אם קיים חשש של ממש כי נפלו בהליך פגמים דיוניים חמורים ([מ"ח 73/14 אלסייד נ' מדינת ישראל \(פורסם בנבו, 27.1.2014\)](#)).

**מהות טענות המבקש**

כאמור, אין מחלוקת עובדתית לגבי המעשים בהם הורשע המבקש. גם ההגנה לא טוענת לגבי המעשים שבוצעו. מטענות ההגנה עולה כי שלוש הסוגיות העומדות לדיון הינן כדלקמן:

האם השינוי בעובדת הקמתו של בית המשפט הצבאי לנוער מצדיקה דיון מחדש בעניינו של מי שהיום נחשב קטין, ובעת שנשפט לא נחשב קטין?

האם הרשעה בהסתמך על דוקטרינת עבירת ההמון מצדיקה משפט חוזר?

האם פערים בענישה מצדיקים משפט חוזר?

אעיר כי החוט המקשר בין כל הסוגיות, ועניין זה הודגש גם בטענות ב"כ המבקש בכתב ובעל פה, הוא שאלת קטינותו בעת האירוע – קטינות על פי הדין היום, בניגוד לדין שחל אז. לפיכך, נדון ראשית בסוגייה זו.

**השינויים במשפט האזור לגבי קטינים – האם מצדיקים משפט חוזר?**

כאמור, הסוגיה המרכזית בהליך שלפנינו נוגעת לשאלת גילו של המבקש. המבקש היה כבן 17 בעת האירוע. לו היה נשפט היום, היה מובא בפני בית משפט צבאי לנוער ונשפט כקטין. בעת שנשפט בערכאה הראשונה, היה הדבר בטרם הוקם בית משפט צבאי לנוער, וכאשר אותה עת הדין קבע כי נאשם מעל גיל 16 יישפט כבגיר. לטענת ההגנה, שפיטה כיום כקטין תביא בסבירות גבוהה לתוצאה עובדתית ומשפטית שונה. בכך יש כדי להוות עיוות דין המצדיק משפט חוזר.

לא מצאתי בטענה זו ממש.

ראשית, מבחינה פורמאלית, כאשר חוקקו תיקוני החקיקה שהקימו את בית המשפט הצבאי, נקבע במפורש כי "הוראות סימן זה [שיפוט נוער – צ.ל.] לא יחולו על הליך שבמסגרתו הוגש כתב אישום לבית משפט צבאי טרם תחילת תוקפו של צו זה" (סעיף 135 לצו בדבר הוראות ביטחון). לפיכך, על פניו, בודאי שאין פגם בשפיטתו של המבקש כבגיר בזמנו. למעשה, גם ההגנה לא טענה לפגם בשיפוטו של המבקש כבגיר בעבר.

שנית, גם על פי הדין היום, עצם שפיטתו של קטין שלא בפני בית משפט צבאי לנוער, אינה מהווה עילה לביטולו של ההליך. סעיף 142 לצו בדבר הוראות בטחון קובע כי:

"החלטה או פסק דין של בית משפט לא יהיו פסולים מחמת זאת בלבד, שבגלל גיל הנאשם צריך היה להעמידו לדין לפני בית משפט אחר; אולם אם נגרם עיוות דין חמור כתוצאה מהעמדת נאשם לדין לפני בית משפט שאינו מתאים לגילו, רשאי נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים להורות, כי בית משפט שיקבע לכך יקיים משפט חוזר בענין, והוראות סעיפים 157 עד 162, יחולו בשינויים המחויבים לפי הענין."

כדי להורות על משפט חוזר על נאשם קטין שנשפט היום בטעות כבגיר, אין די בהצבעה על עיוות דין, אלא יש צורך להראות עיוות דין **חמור**. קל וחומר, כאשר מתייחסים להליך שהסתיים שנים רבות לפני שחוקקו תיקוני החקיקה שהקימו את בית המשפט הצבאי לנוער.

שלישית, וזהו הנימוק המשמעותי ביותר בעיניי, מבחינה מהותית, טענתה של ההגנה כי כיום, לו היה נשפט המבקש בפני בית משפט צבאי לנוער, התוצאה הייתה שונה, אין לה על מה לסמוך. מבלי להמעיט בחשיבות הקמת בית המשפט הצבאי לנוער, אין בעצם הקמתו כדי לשנות את הדין המהותי ואת דיני הראיות. בכך אין שונה דין האזור מהדין בישראל.

משפטו של המבקש התנהל על פי כל כללי ודקדוקי הדין הפלילי – הן מבחינה דיני הראיות והן מבחינת הדין המהותי. **גם המבקש לא טען אחרת**. בית המשפט הצבאי שדן בעניינו התייחס באופן מפורש לגילו הצעיר, וגם בהינתן גילו הצעיר, הגיע למסקנות עובדתיות של חפץ וכוונה לגרום למותם של החיילים באירוע. ודוק: עצם היותו של נאשם קטין, אינה מהווה מחסום מפני גיבוש כוונה פלילית. גם קטין יכול לגבש כוונת קטילה ולצערנו, גם קטין יכול לבצע רצח בדם קר מתוך מודעות והבנה מלאות למעשיו (ראו למשל [ע"פ 1583/91 מדינת ישראל נ' פלוניס, פ"ד מו\(5\) 94](#); [ע"פ 9937/01 חורב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח\(6\) 738](#)). המסקנה האם גיבש כוונה כזו הינה מסקנה

עובדתית, הנלמדת ממכלול הנסיבות, לרבות מגילו בעת האירוע. לא מצאתי בטענות המבקש הסבר או נימוק משכנע מדוע הדרך בה גיבש בית המשפט הצבאי את מסקנתו בטעות יסודה.

כאשר הרף הנורמטיבי הנדרש לצורך הוכחת העילה של עיוות דין הוא הצבעה על פגמים דיוניים חמורים, ומשלא הצביע המבקש על פגם כלשהו בהתנהלות ההליך, המסקנה המתבקשת היא כי אין בידי המבקש להצביע, ולו באופן קלוש, על עיוות דין.

יתרה מזו, גם טענת ההגנה כי התפיסות הרווחות היום לגבי הבנת נפשו והתפתחותו של קטין יביאו בסבירות גבוהה לשינוי במסקנות העובדתיות שנקבעו אז, אין לה על מה לסמוך. ודוק: אין טענה כי ישנו שינוי בפרשנות המשפטית הניתנת לעבירה ככזה המצדיק משפט חוזר (השוו [מ"ח 8390/01 אקסלרוד נ' מדינת ישראל פ"ד ס\(2\) 607](#)), אלא הערכה כללית של ההגנה כי התפיסות לגבי יכולת קטין להבין ולגבש מחשבה פלילית השתנו. לא רק שטענה זו חסרת ביסוס עובדתי, אלא לדעתי היא בפירוש אינה נכונה. השופטים בבתי המשפט הצבאיים מקדמת דנא, עוד בטרם הקמת בית המשפט הצבאי לנוער, התייחסו באופן שונה לנאשמים קטינים, בין שנחשבו קטינים מבחינה פורמאלית על פי דין האזור בשעתו ובין אם לאו (ראו [ע' \(איו"ש\) 128/02 קודסי נ' התביעה הצבאית](#) (פורסם בנבו, 23.12.2002); [ע' \(איו"ש\) 286/03 בשאראת נ' התביעה הצבאית](#) (פורסם בנבו, 28.6.2004); [ע' \(איו"ש\) 2273/04 מסאלמה נ' התביעה הצבאית](#) (פורסם בנבו, 26.1.2005); [עדי"י 2891/06 התביעה הצבאית נ' אבו האשם](#) (פורסם בנבו, 13.8.2006); [עדי"י 1350/07 התביעה הצבאית נ' חלף](#) (פורסם בנבו, 25.2.2007); [עדי"י 3098/07 התביעה הצבאית נ' חרפוש](#) (פורסם בנבו, 30.8.2007); [ע' 1553/07 קריני נ' התביעה הצבאית](#) (פורסם בנבו, 21.11.2007); [ע' 1577/08 שאהין נ' התביעה הצבאית](#) (פורסם בנבו, 11.8.2008); [עדי"י 1517/09 התביעה הצבאית נ' מחלוף](#) (לא פורסם)). כך קרה גם בעניינו של המבקש, אשר נשפט בפני מותב תלתא של שופטים מקצועיים, אשר בחנו את מכלול הראיות, שמעו את עדותו, התרשמו והחליטו להרשיעו ולגזור את עונשו בהתאם לאותה הרשעה. גילו הצעיר היה עובדה ידועה שמשקלה הן בשלב הכרעת הדין והן בשלב גזירת העונש.

מסקנותיו של בית המשפט הצבאי שדן בעניינו הן מסקנות עובדתיות, שלא הובא טעם חדש המצביע על פגם בהן, לא כל שכן על עיוות דין שנגרם. טענות ההגנה המתייחסות למסקנה העובדתית ממכלול הראיות באשר לכוונתו של המבקש, הינן טענות ערעוריות במהותן שכבר נדחו. אני בדעה שגם אם היה נשפט המבקש בפני בית משפט צבאי לנוער, המסקנות העובדתיות בעניינו לא היו משתנות, שכן עצם קיום הדיון תחת המסגרת של בית משפט צבאי לנוער אינה הופכת כוונה להעדר כוונה, ושותפות על פי הדין הפלילי לאי שותפות.

#### השימוש בדוקטרינת עבירת ההמון לצורך הרשעה

טענה זו, לפיה לא היה נכון להרשיעו בהתאם לדוקטרינת עבירת ההמון בשותפות לרצח שני החיילים, הגם שהעובדות מלמדות שתקף פיזית רק אחד מהם, הינה טענה ערעורית מובהקת, שנדחתה בעבר. עובדת היותו של המבקש כבן 17 אותה עת, אין בה כדי להביא לקביעה משפטית שונה.

אף בית המשפט העליון התייחס במסגרת הבג"ץ שהגיש המבקש לטענות הנוגעות למסקנות העובדתיות והמשפטיות שנפסקו בבית המשפט הצבאי וקבע את הדברים הבאים שראוי להביאם כלשונם :

*"נוסיף, בבחינת למעלה מן הצורך כי אף לגופו של עניין, דין העתירה להידחות. בית המשפט הצבאי הציג את קביעותיו תוך פירוט רחב ואף הניח לטובת העותר כי יש להעדיף את גרסתו העובדתית בבית המשפט, שנמצאה בעיניו כאמינה יותר על פני זאת שנתן בהודעותיו המשטריות. בנוסף, נראה כי המבחנים המנחים לעניין הרשעת שותף לעבירה, גם אם שותף ספונטאני, נתמלאו בענייננו, ומשכך אין עילה לקבלת העתירה אף משלא מצאנו טעם בטיעוניו המשפטיים של העותר לגבי הדין שיושם בערכאות הקודמות".*

#### **סיכום ביניים – שאלת ההרשעה**

עצם הקמת בית המשפט הצבאי לנוער, אין בה כשלעצמה ללמד על פגם כלשהו בשפיטתו של המבקש בעבר. המבקש נשפט על פי אותם כללים מהותיים וראייתיים החלים גם היום. המבקש לא הצביע וגם לא טען לפגם דיוני כלשהו בהליך בעניינו. גילו של המבקש היה עובדה ידועה שנלקחה בחשבון בכל הנוגע להכרעות העובדתיות בעניינו, שכן גישת בתי המשפט הצבאיים משכבר הימים הייתה לבחון את עניינם של קטינים וצעירים בגילם באופן שונה.

לפיכך המסקנה היא שלא נגרם עיוות דין כלשהו למבקש, בודאי לא עיוות דין חמור, וטענותיו של המבקש לגבי הרשעתו, שהינן ערעוריות במהותן, אינן מצדיקות עריכת משפט חוזר.

#### **טענות לגבי עקרון אחידות הענישה ומאסר עולם לקטין**

נותר לנו לדון בשאלת עונשו של המבקש. ההגנה טענה כי גזירת מאסר עולם על קטין, במיוחד כאשר על אחרים שנשפטו בפרשייה זו נגזרו עונשי מאסר קצובים, מהווה כשלעצמה עיוות דין המצדיק משפט חוזר. אקדים ואומר כי גם בטענה זו אין כדי להצמיח עילה למשפט חוזר.

במ"ח [3139/13](#) **רחמיאן נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 25.5.2014) נדונה השאלה האם ניתן להורות על משפט חוזר בעניין העונש. כב' הנשיאה נאור קבעה כי לא ניתן להורות על משפט חוזר לצורך קביעת העונש בגין עילה של עיוות דין, אלא בגין העילה של ראיות או עובדות חדשות. בענייננו, העילה עליה מצביע המבקש הינה זו של עיוות דין. עילה זו, המנוסחת בדין האזור, בדומה לדין בישראל, עוסקת ב"חשש של ממש כי בהרשעה נגרם עיוות דין". שאלת עונשו של המבקש אינה נכנסת בגדר הרשעתו, ומכאן, ולנוכח ההלכה שנקבעה בעניין **רחמיאן**, כלל לא ניתן להורות על משפט חוזר בעילה זו.

למעלה מן הדרוש אעיר כי גם אם נבחן את עניינו של המבקש במסגרת העילה של ראיות או עובדות חדשות, ונניח כי העובדות המתייחסות לרמת ענישה של מעורבים אחרים בפרשה הן בגדר "עובדות חדשות", עדיין אין בכך כדי לסייע למבקש. בעניין **רחמיאן** צויין (בפסקה 13) כי:



*"על-אף ההכרה, במישור העקרוני, ביכולת להגיש בקשה לקיומו של משפט חוזר בהתבסס על ראיות חדשות המצביעות על החמרה יתרה בענישה, נתפסת בקשה שכזו כחריגה ולמעשה עד כה כל הבקשות שבמסגרתן נתבקש קיומו של משפט חוזר בשל העונש נדחו".*

ההגנה הגישה לעיוני טבלה המרכזת את הענישה שנקבעה ביחס ל-11 מעורבים אחרים בפרשייה קשה זו, וטענה כי עניינו של המבקש מלמד על שוני מהותי בינו לבינם. אינני שותף למסקנה זו. אם נתייחס לאותם 11 מקרים אליהם הפנתה ההגנה, הרי ששניים מתוכם כלל אינם רלוונטיים כיוון שהנאשמים שם לא הורשעו בעבירה של גרימת מוות בכוונה. מבין תשעת המקרים האחרים, בהם הייתה הרשעה בעבירה של גרימת מוות בכוונה, בחמישה מקרים נגזר לכל הפחות מאסר עולם אחד ([עי' \(איו"ש\) 310/03](#) שייך נ' [התביעה הצבאית](#) (פורסם בנבו, 3.3.2004); [עי' \(איו"ש\) 1104/04](#) מעארי נ' [התביעה הצבאית](#) (פורסם בנבו, 23.5.2005); [עי' \(איו"ש\) 2712/04](#) ביוד נ' [התביעה הצבאית](#) (פורסם בנבו, 8.5.2006); [עי' \(איו"ש\) 1844/05](#) א-לוח נ' [התביעה הצבאית](#) (פורסם בנבו, 29.12.2010); [עי' \(איו"ש\) 2770/04](#) צאלחה נ' [התביעה הצבאית](#) (פורסם בנבו, 15.2.2006)).

במקרים בהם לא נגזר מאסר עולם, אלא עונש קצוב חמור (בין 20 ל-40 שנות מאסר בפועל), היה הדבר בעיקר בשל קביעות עובדתיות פרטניות כי אותם נאשמים לא חפצו לגרום למוות וההרשעה התבססה על אחריות מכוח עבירה נוספת או נגררת ([תיק \(יהודה\) 6373/06](#) [התביעה הצבאית](#) נ' מצרי; (פורסם בנבו, 4.3.2009); [תיק \(יהודה\) 1793/05](#) [התביעה הצבאית](#) נ' אבו עידה (פורסם בנבו, 31.1.2011)), או בגין קביעות לגבי חלקם היחסי המינורי במעשים ([עי' \(איו"ש\) 1557/04](#) חסון נ' [התביעה הצבאית](#) (פורסם בנבו, 6.12.2004); [עי' \(איו"ש\) 1637/04](#) ג'בר נ' [התביעה הצבאית](#) (פורסם בנבו, 19.9.2005)).

עניינו של המבקש לפני דומה לקבוצה הראשונה והגדולה יותר, עליה כאמור נגזר לכל הפחות מאסר עולם אחד. לפיכך, קשה לומר כי ישנו שוני מהותי בעונש שנגזר עליו ביחס לאחרים. אמנם, המבקש היה בן 17 בעת האירוע, אולם עובדה זו נלקחה בחשבון בעת גזירת העונש, ולכן גם לא הוטלו עליו שני עונשי מאסר עולם במצטבר אלא אחד בלבד. ודוק: עובדת היותו קטין אינה שוללת את האפשרות לגזור עליו עונש מאסר עולם. כפי שצוין בעניין [חורב](#) (בעמ' 749):

*"כאמור, רצח טומן בחובו הפרה של אחד הערכים היותר חשובים בכל חברה מתוקנת - קדושת חיי אדם. לפיכך, ענישתו של עבריין מסוג זה, גם אם היה קטין בשעת מעשה, צריכה לבטא את סלידתה העמוקה של החברה מהמעשה ([עי"פ 399/89 מדינת ישראל נ' זלום, פ"ד מו\(2\), 187, 192](#); [עי"פ 1742/91 פופר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא\(5\), 289, 303](#)). מנקודת השקפה זו עונש של מאסר עולם בעבירת רצח המבוצעת על ידי קטין, הוא עונש ראוי ומידתי".*

ב"כ המבקש הוסיפה כי עונש מאסר עולם באזור הינו מנוגד לסעיף 37 לאמנה בדבר זכויות הילד, שכן מדובר במאסר עולם ללא אפשרות שחרור. דא עקא, בית המשפט העליון דן בסוגיה זו בעניין

**חורב** וקבע כי מנסחי האמנה התייחסו למאסר עולם ללא **אפשרות** שחרור, בעוד שהדין **מאפשר** לקצוב את עונשם של אסירי עולם (שם, בעמ' 751-750). אפשרות כזו עומדת גם בדין האזור. בניגוד לטענת ב"כ המבקש, ישנם מקרים לא מעטים בהם כאלה אשר נגזר עליהם עונש מאסר עולם בבתי המשפט הצבאיים, שוחררו על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור (ראו למשל [ע' \(איו"ש\) 1098/05](#) **אבו רדאחה נ' התביעה הצבאית** (פורסם בנבו, 7.3.2006), שם נדון עניינו של מי שנשפט למאסר עולם, שוחרר על ידי מפקד כוחות צה"ל, ולאחר מכן ביצע עבירות נוספות; ראו גם ע' (איו"ש) 25/96 **אבו סבאע נ' התביעה הצבאית**, פש"מ ב 54 (1996/7) שם דובר בעניין דומה, וכן ניתן להפנות לנאשמים אשר שוחררו במסגרת "עסקת שליט" ושחלקם נשפט למאסר עולם). כך **שהאפשרות** לשחרור בדין האזור מתרחשת בפועל גם לגבי נאשמים שנגזר עליהם מאסר עולם, ומכאן כי אין סתירה בין הדין באזור לבין סעיף 37 לאמנה בדבר זכויות הילד.

לפיכך, גם בסוגיה זו, המסקנה היא שבעובדה שנגזר על המבקש מאסר עולם כשלעצמה, אין כדי ללמד על עיוות דין או עילה אחרת למשפט חוזר.

### סוף דבר

פתחנו בכך שהעילה של עיוות דין, מצריכה להשקיף במבט-על על מכלול העובדות והראיות. במקרה שלפניי, לא נטענו עובדות חדשות, אלא הועלה מספר מצומצם של טענות ערעוריות באופיין. טענות אלה דינן להידחות. השינויים שנערכו בדין האזור בהקמת בית המשפט הצבאי לנוער אינם משנים את הגדרת העבירה או משפיעים על האפשרות לקבוע עובדתית כי המבקש היה בעל כוונה לגרום למותם של שני החיילים. המבקש זכה למשפט מלא, על פי כל הכללים והדקדוקים המשפטיים והראייתיים הראויים והמקובלים. עניינו נדון גם בערכאת הערעור וגם בבית המשפט העליון, ולא נמצא כל פגם לגופו של עניין בהכרעת בית המשפט הצבאי בערכאה הראשונה. גם כיום, במבט-על, לא מצאתי בסיס לטענה כי היה איזשהו עיוות דין בעניינו של המבקש.

אשר על כן הבקשה נדחית.

ניתנה היום, 25 במרץ 2015, ה' בניסן התשע"ה, בלשכה. מזכירות ביהמ"ש תעביר העתק החלטה זו לידי הצדדים.

---

המשנה לנשיא

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)

צבי לקח 1007/14-54678313

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה